LA « MED-ARB » ET SES DÉRIVÉS — PLAIDOYER POUR UN MODE DE RÉSOLUTION DES CONFLITS EFFICACE[1]

Patrick Van Leynseele
Avocat

Georges-Albert Dal — le saviez-vous ? — est un arbitre réputé.

Mais Georges-Albert Dal est aussi un médiateur né qui s'ignore même s'il me semble qu'il a toujours, comme nombre d'arbitres, considéré la médiation comme un mode de résolution des conflits plutôt « mineur ». Rendons à César ce qui lui appartient : c'est sous son bâtonnat qu'a été décidée la constitution de la commission « Médiation » du barreau de Bruxelles, qui a été rebaptisé depuis lors « Commissions des modes alternatifs de règlement des conflits » (ou mieux, Commission M.A.R.C. ») qui a mis en œuvre les développements de la médiation en Belgique pour le barreau. Il avait déjà compris l'intérêt de la technique.

Arbitrage et médiation, généralement classés parmi les « modes alternatifs » (aux tribunaux), sont évidemment des techniques très distinctes. Ils requièrent de la part du tiers neutre des qualités et des compétences très différentes : l'arbitre a une approche de juriste et de juge qui base sa sentence sur un dossier, sur les droits et les obligations respectives et sur les règles de preuve ; le médiateur est avant tout quelqu'un qui restaure la communication pour aboutir à une solution de type contractuelle

(1) L'auteur est particulièrement reconnaissant envers M. Tanguy Willemart, étudiant à l'U.C.L., pour les recherches qu'il a accomplies et partagées avec lui dans le cadre de son mémoire rédigé en vue de l'obtention de son master en droit, « La médiation-arbitrage dans les contrats commerciaux internationaux : enjeux et perspectives de ce M.A.R.C. en Belgique ». Certaines parties de ma contribution sont largement inspirées, voire copiées, de cet excellent travail. Merci également à MM. Gaëtan Goossens et Philippe De Vos, étudiants à l'U.L.B., pour leur aide dans les recherches nécessaires pour la rédaction de ma contribution.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 833 02/12/2013 18:19:34

construite avec le consentement des parties en tenant compte avant tout de leurs besoins et de leurs intérêts.

Ces techniques sont-elles incompatibles pour autant ? La fonction de médiateur est-elle conciliable avec celle d'arbitre ? Lorsque la médiation n'aboutit pas à un accord, mais que les parties, faisant ainsi preuve de confiance envers leur médiateur, lui demandent de trancher leur différend à leur place comme le ferait un arbitre, faut-il réellement que le médiateur refuse ? Peut-on prévoir, dans une clause contractuelle, que tout différend fera l'objet d'une médiation par un médiateur désigné de commun accord et, en cas d'échec, d'un arbitrage par cette même personne ?

Mon propos dans la présente contribution est de plaider que oui !

I. La « med-arb », combinaison subtile de médiation et d'arbitrage

A. *Principe*

Mais d'abord, de quoi parle-t-on ? Le sujet n'ayant guère été examiné en Belgique, il convient de parler des concepts.

La « med-arb » (diminutif pour « médiation-arbitrage ») est un mode de résolution des conflits qui combine médiation et arbitrage. Le but est de tenter de résoudre un conflit à l'amiable avec l'aide d'un médiateur, tout en ayant la garantie qu'en cas d'échec de la médiation une solution sera apportée : si la phase de médiation n'aboutit pas à un accord amiable, le médiateur « se transforme » en arbitre et tranche le litige. Autrement dit : on négocie d'abord avec un tiers, et si on ne s'en sort pas, ce tiers médiateur, qui connaît déjà tous les tenants et aboutissants du conflit, statue sur le conflit et décide à la place des parties.

Ce procédé paraît de prime abord extrêmement intéressant, puisqu'il favorise en premier lieu la recherche d'une solution amiable (la paix trouvée) tout en offrant la garantie d'une issue au conflit (la paix imposée). Il n'est malheureusement pas sans poser quelques questions juridiques difficiles, qui effraient les spécialistes de l'arbitrage et du droit judiciaire. Ces questions méritent une analyse.

J'entends donc ici rompre une lance en faveur de ce procédé. Sans en ignorer les écueils juridiques, mais plaidant pour une recherche sans œillères. En lisant la littérature étrangère, et en particulier celle émanant des arbitragistes, je suis frappé par l'approche timorée (pour ne pas dire

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 834 02/12/2013 18:19:34

résolument hostile) qui règne à l'égard de la « med-arb ». S'agit-il d'un réflexe de type « corporatiste » de la part de la communauté des arbitres qui veut protéger la « pureté » de son institution ?

Osons aborder la question sans se laisser *a priori* obnubiler par de trop grands principes — le contradictoire, l'apparence d'indépendance, d'impartialité et de justice, la sacro-sainte confidentialité en matière de médiation, nous aborderons tout cela plus loin — qui à force d'être érigés en « droits fondamentaux » obèrent et sclérosent les modes de résolution des conflits. Est-ce parce que des problèmes se posent qu'il faut tuer l'idée dans l'œuf ?

N'oublions pas, surtout, que si la question est évoquée c'est en raison du fait qu'il existe une réelle demande de la part des personnes ou entreprises qui sont confrontées à un conflit : « Nous avons un problème que nous n'arrivons pas à résoudre seuls. Nous voulons faire appel à un médiateur, ce qui nous laissera la maîtrise de la solution ; mais si cela ne marche pas, nous voulons demander à ce médiateur de trancher le litige, en droit, à notre place, sans devoir recommencer toute une explication avec un autre tiers. Rapidité et efficacité sont importantes pour nous ».

Pourquoi les en empêcher ? Il y a des tas de situations dans lesquelles une telle réflexion peut guider les desiderata des parties. Certainement dans les « petits » conflits qui ne justifient pas l'engagement de frais de résolution importants ; mais aussi — un exemple de la pratique rapporté ci-dessous le démontre — dans des affaires plus importantes dans lesquelles les parties veulent des solutions rapides, efficaces, peu dispendieuses et dont elles gardent en grande partie la maîtrise.

Comment les choses se passent-elles dans une « med-arb » ?

Précisions tout d'abord qu'un processus de « med-arb » ne se conçoit que sur la base d'un accord préalable des parties ; soit dans une clause insérée dans un contrat commercial (comme pour la médiation ou l'arbitrage) soit, après la naissance du litige, dans un accord entre les parties quant au mode de résolution de leur conflit qu'elles entendent mettre en œuvre.

En exécution de cette clause ou de cet accord, les parties se réunissent dans un premier temps avec le médiateur et elles essaient de trouver une solution à leur conflit. Le processus de médiation est classique. Si un accord est trouvé, le processus s'arrête là. Le cas échéant, en Belgique, si le médiateur est agréé par la commission fédérale de médiation, cet accord pourra être homologué par le tribunal conformément à l'article 1733 du Code judiciaire.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 835 02/12/2013 18:19:34

Pendant cette phase de médiation, le médiateur rencontrera éventuellement les parties et leurs avocats séparément (au cours de *caucus*), entretiens qui seront couverts par l'engagement de confidentialité spécifique qui s'y rattache : ce que le médiateur aura appris lors de ces échanges privés ne sera révélé par lui à l'autre partie qu'avec l'accord de l'auteur de la confidence. Les praticiens de la médiation connaissent bien cet « outil ». Grâce aux informations qu'il peut ainsi obtenir et aux considérations qu'il pourra partager avec les parties séparément, le médiateur sera mieux armé pour les aider à dialoguer et à se rejoindre dans une solution. Dans la pratique anglo-saxonne en particulier, les médiations se déroulent bien souvent sous forme d'une succession de *caucus* au cours desquels les parties ne se rencontrent qu'en début de médiation et après qu'un accord ait été trouvé à la suite des interventions sous forme de *shuttle diplomacy* du médiateur.

Dans la situation précise de la « med-arb », certains pensent que le médiateur aura plus d'impact sur les parties, car celles-ci se rendent compte que le médiateur pourrait, en cas d'échec du processus volontaire, être amené à trancher le différend dans une sentence arbitrale, ce qui inciterait les parties à modérer leurs demandes afin de ne pas paraître déraisonnable aux yeux du futur arbitre(2). L'on peut même imaginer que le médiateur, parce qu'il a acquis une certaine connaissance du dossier, puisse, en *caucus*, exercer une certaine influence sur les parties en attirant leur attention sur les faiblesses de leur dossier et donc sur la direction que la sentence pourrait prendre en cas d'échec du processus de médiation. Une certaine possibilité pour le médiateur donc de pratiquer une « stratégie de pression » destinée à favoriser l'émergence d'un accord(3).

Si les parties n'arrivent pas à trouver d'accord, le médiateur « change de casquette » et devient arbitre. Ainsi, il pourra, dans ce rôle, prendre une décision qui aura l'autorité de la chose jugée entre les parties(4).

---

(2) B.J. Roth, *Med-arb, arb-med, binding mediation, mediator's proposal and other hybrid process*, American Arbitration Association Advanced Mediator Training, 2009, p. 5.

(3) J'observe au passage que, dans toute médiation et particulièrement à l'occasion des *caucus*, le médiateur applique (ou peut appliquer) une certaine pression, sur chaque partie, le but étant toujours de pousser celles-ci à réfléchir aux positions qu'elles adoptent et à la juste stratégie de négociation à mettre en œuvre en vue de rendre possible ou de favoriser un accord amiable qui tienne compte des intérêts de tous.

(4) K.M. Bankley, « Keeping a secret from yourself ? Confidentiality when the same neutral serves both as mediator and as arbitrator in the same case », *Baylor Law Revue*, 2011, p. 323.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 836 02/12/2013 18:19:34

Ce mécanisme garantit donc aux parties qu'au terme du processus, leur contentieux sera réglé, soit par un accord librement consenti, soit par une décision arbitrale qui s'impose à elles.

L'on peut penser que la tâche de l'arbitre sera facilitée en raison de son rôle de médiateur lors de la phase précédente. En effet, les faits, les positions et les prétentions des parties auront plus que probablement déjà largement été explicités lors de la phase de médiation. L'arbitre sera donc bien au fait du dossier lorsqu'il entame cette seconde phase de sa mission.

B. *La « med-arb » et ses dérivés*

Donner une réponse à la question de savoir ce que recouvre la « med-arb » ne s'avère pas être chose aisée. En pratique, il existe différents mécanismes combinant des techniques de médiation et d'arbitrage. La pratique démontre en effet qu'à travers l'utilisation de l'autonomie de la volonté consacrée chez nous par l'article 1134 du Code civil, des personnes confrontées à un différend qui les oppose, font, avec l'aide de leurs conseils, appel à leur imagination pour trouver ce qui pourrait constituer une solution durable. Et cette imagination a donné lieu à de nombreux modes dits « alternatifs » de règlements de conflits, souvent au départ de mécanismes proches de ou en rapport avec la médiation(5). Tous sont basés sur l'accord des parties pour les mettre en œuvre.

Quelques exemples importés principalement de la pratique anglo-saxonne :

« L'arb-med », qui correspond en quelque sorte au contraire de la « med-arb ». C'est un processus où les parties commencent par un arbitrage au cours duquel, suspendant celui-ci, elles essayent de trouver une solution sur l'ensemble ou sur partie du différend grâce aux techniques de la médiation. Le tiers neutre est installé dans ses fonctions dans le cadre d'une procédure d'arbitrage contradictoire pour ensuite, pendant la phase de médiation, jouer un rôle plus actif et confidentiel. Si cette

(5) « Comme elles reposent exclusivement sur la volonté commune des opérateurs économiques, il n'est donc pas surprenant que l'imagination de ceux-ci, gestionnaires et juristes, se soit largement exprimée. Dans le but d'aboutir à une solution acceptable et acceptée par les parties, les praticiens ont multiplié les instruments qu'ils estiment les mieux adaptés […] à leurs besoins […] », P. FOUCHARD, *Alternative Dispute Résolution et Arbitrage*, p. 2.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 837 02/12/2013 18:19:34

phase ne débouche pas sur un accord, le litige reprendra son cours dans la phase arbitrale en vue du prononcé d'une sentence définitive(6).

Dans un arrêt *Gao Haiyan* du 2 décembre 2011 qui a fait couler beaucoup d'encre, la cour d'appel de Hong Kong a confirmé la validité d'un tel mécanisme, tout en soulignant les risques d'impartialité ou d'apparence d'impartialité qui peuvent apparaître (ce risque s'étant avéré en l'espèce).

Une variante très proche de l'« arb-med » est le *post-arbitration mediation* où la médiation se déroule après l'arbitrage, mais avant que l'arbitre fasse connaître sa décision finale. La décision ayant déjà été prise (scellée dans une enveloppe), elle ne sera communiquée aux parties et ne s'appliquera que si les parties n'arrivent pas à trouver un arrangement. Dans le cas contraire, la décision ne sera ni prononcée ni communiquée aux parties.

Citons aussi la *binding mediation* où les parties demandent au médiateur de prendre une décision qui les lie. Ici, le médiateur n'agit pas comme un arbitre le ferait en instruisant le dossier dans le cadre d'une procédure entièrement contradictoire ; celle-ci est complètement laissée de côté(7) et les parties acceptent de s'en remettre à la décision du médiateur. Sa mise en œuvre dans notre environnement juridique poserait sans aucun doute quelques problèmes en ce que ce mécanisme s'apparente à un arbitrage ou à une tierce décision obligatoire qui ne dit pas son nom et qui n'entend pas s'embarrasser des lourdeurs et garanties procédurales qui caractérisent ces processus.

La *non-binding med-arb* est un modèle qui se rapproche très fortement de la « med-arb » à l'exception d'une seule particularité : ni la médiation ni l'arbitrage ne seront contraignants pour les parties. En effet, l'arbitre sera uniquement amené à donner un avis, dont les parties pourront évidemment s'inspirer, mais qui ne les liera pas. Ce modèle, qui à première vue peut paraître peu utile vu l'engagement dans une procédure qui, *in fine*, n'apporte pas réellement de solution au problème, peut néanmoins avoir une influence sur les parties vu l'avis rendu. Ce mode

(6) Pour une approche globale de la problématique de l'arbitre dans cette fonction de facilitateur d'une solution amiable, voy. B. EHLE, « The arbitrator as a settlement facilitator », *Walking a thin line : what an arbitrator can do, must do or must not do*, actes du colloque du CEPANI du 29 septembre 2010, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 77.

(7) B.J. ROTH, *Med-arb, arb-med, binding mediation, mediator's proposal and other hybrid process*, American Arbitration Association Advanced Mediator Training, 2009, p. 5.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 838 02/12/2013 18:19:34

est très proche de ce que l'on appelle la « médiation évaluative », dans laquelle le médiateur donne son avis aux parties quant à l'issue probable que leur litige aurait devant un tribunal. Des formes proches de tels avis existent chez nous aussi ; songeons aux avis d'Ombudsfin, qui ne lient pas les parties, mais qui jouissent d'une reconnaissance et d'une valeur de référence indéniable.

Dans la *med-arb show cause*, le tiers communique aux parties un projet de décision lors de la phase d'arbitrage, projet sur lequel les parties sont invitées à réagir pour en souligner d'éventuelles failles. Ceci donne alors la possibilité aux parties de préférer tenter de trouver une solution amiable ou au tiers d'adapter ou non sa position lors de la sentence finale qu'il doit prononcer.

La « medaloa » (ou *mediation and last-offer arbitration*) est une forme de « med-arb » ou de tierce décision obligatoire dans laquelle les parties soumettent chacune, après une médiation échouée, une proposition finale chiffrée. Le tiers sera alors amené à choisir l'une de ces propositions et à l'adopter comme décision définitive dans le litige : il n'a le choix qu'entre ces deux propositions et devra trancher en faveur de celle qui est la plus proche de celle qu'il aurait choisie s'il n'avait pas été tenu par ces contraintes. Cette technique a l'avantage d'inciter les parties à formuler après la médiation une offre sérieuse et raisonnable, sachant que, sinon, le tiers pourrait être amené à préférer la position de l'autre partie.

La *med-then-arb* est un processus dans lequel les parties entrent en médiation et si elles n'arrivent pas à trouver une solution, elles poursuivent le processus en arbitrage, mais devant un tiers différent du médiateur(8). C'est un procédé qui fait se succéder ces deux modes de résolution des conflits dans leurs formes « pures ». Il est fréquemment utilisé, sans porter ce nom en ce que, lors de l'échec d'une médiation, les parties se tournent soit vers le système judiciaire soit vers un arbitre pour résoudre leurs conflits.

Une instance assez spécifique est ce qu'on appelle la *shadow mediation*. Dans celle-ci, un médiateur est nommé pour une phase précontradictoire où il joue le rôle classique du médiateur. Lors de la phase arbitrale, il a un rôle effacé (*shadow*) où il est disponible uniquement si les parties veulent médier sur un point spécifique ou sur l'ensemble de leur différend en suspendant la phase arbitrale. L'arbitre dirige la phase contradictoire ; le médiateur « est tenu en réserve » et est tenu au cou-

(8) B.J. ROTH, *op. cit.*, p. 6.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 839 02/12/2013 18:19:34

rant de tout le déroulement de la phase arbitrale (il reçoit les dossiers et les mémoires échangés entre les parties, il assiste aux audiences arbitrales en tant qu'observateur), mais il ne communiquera pas à l'arbitre ce qui se déroule lors des phases de médiation si une médiation est mise en mouvement : il est tenu de respecter la confidentialité de la médiation à l'égard de l'arbitre, comme à l'égard de tout autre tiers. Dans ce procédé, les problèmes liés au caractère non contradictoire de l'intervention du médiateur-arbitre que suscite la « med-arb », n'existent pas. L'inconvénient, bien entendu, est qu'il faut payer les deux tiers neutres que sont l'arbitre et le médiateur.

Une autre variante fort proche est la *co-med-arb*. Il s'agit d'un processus dans lequel il y a un médiateur et un arbitre dès le début de la procédure. Cependant, l'arbitre doit se retirer lorsque les parties demandent un *caucus*. Dans ce cas, seul le médiateur reste présent. Cela permet d'éviter les problèmes que poserait la « med-arb ». Ce médiateur ne participera pas au délibéré et au prononcé de la sentence arbitrale si aucun accord n'est trouvé.

Une autre méthode est ce qu'on appelle l'*evaluation-med-arb*. Dans ce processus, on ajoute une étape à la « med-arb » : l'*early neutral evaluation*. C'est la possibilité offerte par les tribunaux dans bien des États américains de demander l'analyse du dossier par un tiers neutre avant le procès. Ce tiers aide les parties à évaluer les points forts et faibles de leur cas avant le litige, durant la phase préparatoire du procès (dont on sait toute l'importance dans un procès américain). Il prépare ensuite, sans être tenu au respect de toutes les règles de procédure, une évaluation écrite pouvant être présentée à la demande des parties. Ceci est notamment consacré par l'American Arbitration Association. Cependant, cet organisme ne prévoit pas la possibilité que ce tiers endosse la fonction d'arbitre[9]. Mise en œuvre également dans différents cours et tribunaux, certaines règles prévoient même que le résultat de l'*early neutral evaluation* reste confidentiel et qu'il ne peut être utilisé lors du procès, à moins que les parties décident de lever cette confidentialité.

Des tas de combinaisons de ces différentes méthodes sont possibles et existent dans la pratique. Ainsi, dans un cas intéressant qui a été décrit[10], les parties décidèrent de résoudre leur différend en combinant trois phases :

(9) R.L. Ebe, *A different approach conducting med-arb in complex commercial litigation matters,* Cooper, White and Cooper, 2012, p. 4.

(10) R.L. Ebe, *op. cit.,* p. 5.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 840 02/12/2013 18:19:34

1. une évaluation neutre du dossier par un tiers, permettant aux parties de tenter de dégager un accord négocié ;

2. en raison de l'échec des négociations qui s'en suivirent, ce même tiers endosse ensuite la fonction de médiateur ;

3. alors qu'aucun accord n'a pu être trouvé lors de la phase de médiation, il fut convenu que les parties formuleraient une dernière offre et que le tiers neutre serait chargé de choisir laquelle parmi celles-ci est la plus proche de la solution qu'il aurait adopté en tant qu'arbitre. Cette détermination faite, l'affaire était réglée.

Mécanisme ingénieux qui peut être mis en œuvre grâce à la confiance que les parties ont dans la neutralité, l'indépendance et la probité du tiers. L'alternative coûteuse que constituerait un arbitrage put ainsi être évitée. En effet, toute la procédure de mise en connaissance de l'arbitre par les parties avec les auditions de témoins et les débats sur les faits devient inutile. Cela permet aussi de gagner du temps. Dans ce cas concret, cette évaluation a permis de soulever des questions essentielles que les parties n'avaient pas envisagées(11).

L'étude neutre permet, de surcroît, à tout le monde de saisir l'affaire sous tous ses aspects sans encourir les lourdeurs des procédures contentieuses, rendant ainsi tout le processus plus efficace. Le tiers qui deviendra arbitre est au courant, depuis le début, des subtilités de l'affaire, des positions des parties, des points forts et des lacunes des dossiers de chacune d'elles.

Ceci est un bel exemple de la nature purement conventionnelle des modes alternatifs de règlement de conflit : les parties peuvent convenir de ce qu'elles veulent, elles agencent comme bon leur semble la manière dont elles entendent régler leurs différends.

II. La « med-arb », ange ou démon ?

A. *Introduction à la problématique*

Et pourtant, les critiques abondent. Forçant un peu le trait, je dirais qu'elles procèdent de la hantise — il est vrai fort compréhensible — de la communauté des arbitres de prêter le flanc à la critique en prononçant des sentences qui sont susceptibles de donner lieu à annulation.

(11) R.L. Ebe, *ibidem.*

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 841 02/12/2013 18:19:34

Quelles sont ces critiques ? Ne sont-elles pas exagérées ? Par trop inspirées du respect du formalisme et de la rigueur procédurale dans laquelle l'arbitrage a malheureusement glissé en s'écartant au fil des ans et de la jurisprudence de l'idée d'une certaine absence de formalisme qui était à la base de l'arbitrage ? Par l'abandon progressif de l'idée fondatrice de l'arbitrage (la sentence de l'homme sage à la longue barbe grise ou du spécialiste renommé qui jouissent de la confiance des parties), pour devenir de nos jours un processus entouré d'autant (ou presque) de règles de droit et de procédure que ne le sont les procédures devant les cours et tribunaux ?

La volonté des parties, librement exprimée en connaissance de cause, quant à la manière dont elles entendent régler leur différend ne mériterait-elle pas d'être (ré)élevée au rang de norme supérieure à celle du respect de certaines règles de forme, même lorsque celles-ci existent pour assurer l'intégrité de la fonction et du procédé, en particulier lorsque les parties, dûment informées, décident de passer outre ces règles ?

Mon propos, qui se veut volontairement provocateur, est de forcer la réflexion sur l'utilité de certaines de nos règles et certains de nos réflexes procéduraux, en acceptant l'idée que la « med-arb » (au sens large) mérite mieux que d'être balayée d'un revers de la main sous prétexte du non-respect apparent de certaines garanties procédurales dites fondamentales.

Certes, le sujet doit être creusé. Mieux, il mérite de l'être. Voici quelques bases pour lancer cette réflexion. La présente contribution ne peut prétendre faire le tour de la question au plan scientifique. J'entends ici proposer les fondations pour l'étude plus approfondie qui devra suivre.

B. *La convention-loi*

Le recours à l'arbitrage et, de manière générale, à l'utilisation de modes alternatifs de résolution des conflits, procède au départ de la volonté des parties d'éviter les contraintes du procès[12]. Cette liberté contractuelle dérive, on le sait, du principe de la « convention-loi » consacré à l'article 1134 du Code civil. Elle s'étend en matière de médiation et d'arbitrage à la possibilité laissée aux parties d'aménager ces processus selon leurs désirs dans les marges permises par la loi.

(12) V. D'HUART, *op. cit.*, « Modes alternatifs de règlement des conflits », p. 12.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 842 02/12/2013 18:19:34

On le distingue également en droit comparé et international : les différentes lois de médiation et d'arbitrage, nonobstant leurs différences, s'accordent en général dans l'existence d'un principe d'autonomie conventionnelle(13). Un bel exemple : au Canada, un arrêt de 2007 de la cour d'appel de la province de l'Ontario, *Marchese v. Marchese*(14), illustre cette tendance à favoriser et mettre en avant la volonté des parties : la cour a interprété la loi de la province qui interdit aux arbitres d'agir comme médiateur comme n'excluant pas la possibilité pour les parties de renoncer à cette interdiction en faisant le choix d'une procédure de « med-arb ». J'observe toutefois que cette même cour ne s'est, en revanche, pas prononcée sur l'incidence éventuelle de la tenue de caucus au cours de la phase de médiation(15).

Dans notre droit, cette liberté doit être nuancée(16). De manière abstraite d'abord, « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »(17). De façon particulière ensuite, le législateur a prévu d'encadrer la procédure de médiation et d'arbitrage par un contrôle effectif des tribunaux. Il est donc fondamental d'analyser ci-dessous les dangers qu'ils impliquent pour la reconnaissance de la convention.

Posons d'emblée quelques principes, qui sont déjà autant de limites, pour ce que je considère indispensable pour que la « med-arb » soit « acceptable » en l'état actuel de nos textes :

C. Condition 1 : le tiers doit rester indépendant et impartial

Quel que soit le mode alternatif de résolution de conflit pour lequel optent les parties, dès lors qu'un tiers intervient, cette condition doit être remplie. Ce principe est confirmé par un nombre impression-

(13) Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur la conciliation commerciale internationale, adoptée le 24 juin 2002, article 6 ; O. Caprasse, « Le droit comparé dans la jurisprudence », *Rev. dr. intern. comp.*, 2008, p. 349.

(14) Court of Appeal for Ontario, *Marchese v. Marchese*, 18 janvier 2007, C45453, disponible sur www.canlii.org.

(15) B. Leon et A. Peterson, « Med-arb in Ontario : Enforceability of med-arb agreement confirmed by Court of Appeal », *New York Dispute Resolution Lawyer*, printemps 2009, nº 2/1, pp. 92 à 94.

(16) B. Hanotiau et O. Caprasse, « Les droits de la défense dans la procédure arbitrale », note sous Cass., 1re ch., 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2010, p. 453.

(17) Article 6 du Code civil

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 843 02/12/2013 18:19:34

nant de textes internationaux et nationaux(18). En Belgique, il est posé dans les articles 1726 (pour la médiation) et 1686 (pour l'arbitrage) du Code judiciaire. L'on sait aussi que cette indépendance et cette neutralité doivent non seulement exister, mais aussi être perceptibles(19).

C'est de cette condition que naît le principal problème lié aux *caucus* pendant la phase de médiation : il peut paraître difficile de prime abord de considérer que le tiers est toujours neutre s'il a reçu, sous le sceau de la confidence, des informations qui ne sont pas soumises à l'autre partie pendant la phase arbitrale. Ce tiers, devenant arbitre, pourrait être influencé par ces informations non partagées(20).

Les informations (pièces et propos tenus) dans une procédure d'arbitrage sont évidemment soumises au principe du contradictoire comme cela se passe dans les procédures judiciaires. Lorsqu'il prononce sa sentence, l'arbitre fonde sa décision sur ces informations, ou du moins sur celles qui lui semblent importantes ou déterminantes. Il doit estimer, au vu de ces éléments, ce qu'il considère comme prouvé en fait et justifié en droit(21). Or, lors de discussions en médiation et surtout en *caucus*, le médiateur devenu arbitre aura peut-être recueilli certaines informations « secrètes » (concernant des faits qui n'auront pas ensuite été soumis aux débats contradictoires ou qui sont d'ordre purement émotif, de nature à créer une certaine sympathie ou antipathie de sa part envers l'une des parties) : il arrive régulièrement que les parties souhaitent lui soumettre en aparté ce qu'elles pensent « réellement » ou ce qui les motive, pour mieux lui faire comprendre leurs positions et ainsi tenter de faire pencher en leur faveur la balance de la négociation que le médiateur les aide à mener. Il peut aussi avoir vu ou reçu des documents sous le sceau de la confidentialité.

Il se peut aussi que durant cette phase de médiation, le futur arbitre se sente plus empathique envers une partie et prenne (en quelque sorte) son

(18) Texte de base de la C.C.I., CEPANI, Code judiciaire belge, et tant d'autres textes.

(19) Suivant le bon vieil adage : « Justice must not only be done but must also be seen to be done ».

(20) B. Leon et A. Peterson, *Med-arb in Ontario : enforceability of med-arb agreement confirmed by the court of appeal,* Association of Corporate Counsel, p. 3.

(21) C. De Vera, « Arbitrating harmony : "med-arb" and the confluence of culture and rule of law in the resolution of international commercial disputes in China », *Columbia Journal of Asian Law*, 2004, p. 158.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 844 02/12/2013 18:19:34

parti[22] ou, dans ses interventions, exerce plus de pression sur l'une que sur l'autre partie[23].

Même si cela peut aussi arriver à un arbitre, la probabilité que cela se produise augmente lorsque l'arbitre a auparavant été médiateur dans le conflit : dans son rôle du médiateur, le tiers aura pu être « plus proche » des parties et aura même pu en quelque sorte être leur confident[24].

Cela ne lui enlève toutefois pas sa neutralité. C'est le propre de son mode d'intervention. J'aime enseigner que le médiateur est « multipartial » : il peut très bien faire preuve de compréhension quant aux thèses contradictoires des parties, en accepter l'existence et le fait que les parties les soutiennent de parfaite bonne foi, sans pour autant mettre sa neutralité à mal. Tout est question d'attitude, d'apparence et de communication… Mais il reste neutre, indépendant des parties et impartial par rapport à celles-ci et à l'issue du différend. Et, si tout se passe bien, les parties le perçoivent et le comprennent comme ça.

Il faudra examiner de manière plus approfondie le problème du *caucus*, pour cette question d'attitude du médiateur-arbitre, mais aussi à propos de la question de savoir si le fait d'avoir reçu des informations confidentielles doit nécessairement être considéré comme une atteinte aux principes du procès équitable. Le fait d'avoir été mis au courant de sujets confidentiels pose évidemment question ; mais je dis déjà que je pense que cela ne doit pas empêcher le médiateur de devenir arbitre, du moins aux conditions que je propose ici.

D. *Condition 2 : les parties doivent pouvoir confirmer le médiateur dans sa fonction d'arbitre après l'échec de la médiation*

Le médiateur jouit, au début de sa mission, de la confiance des parties : confiance dans son indépendance, dans son impartialité et dans sa capacité d'aider les parties à trouver une solution. Comme je l'ai

(22) C. De Vera, *ibidem*, p. 158.

(23) À titre de parenthèse : certains estiment pour ces raisons qu'il est difficile de considérer qu'un médiateur puisse réellement être « neutre ». Cette critique méconnaît la pratique de la médiation aussi bien que le droit : la neutralité du médiateur, sous les vocables d'indépendance et d'impartialité, est et doit rester une des caractéristiques de son intervention, mais cela ne doit pas empêcher le médiateur d'intervenir efficacement, en se montrant parfois (souvent) empathique à l'égard d'une ou des parties, à des degrés divers.

(24) C. De Vera, *ibidem*, p. 159.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 845 02/12/2013 18:19:34

déjà écrit[25], sa seule autorité provient de cette confiance. En général, lorsque les choses se passent bien, cette confiance augmente au fil de la médiation. Même en cas d'échec de la médiation, il n'est pas rare que les parties se montrent entièrement satisfaites du déroulement du processus et qu'elles expriment encore, outre leurs remerciements, leur confiance au médiateur. Ou alors, cette confiance s'étiole au fil de la médiation, par exemple en raison de ce que les parties, ou l'une d'elles, perçoivent comme une attitude partiale du médiateur. Dans ce cas, la sanction est simple : il est loisible aux parties, à tout moment, de mettre un terme à la médiation (article 1731, § 2, 3°, du Code judiciaire).

Traduit au processus de « med-arb », j'y attacherais deux conséquences :

1. Si la confiance est perdue, quelle qu'en soit la raison, il me semble peu opportun d'entamer un arbitrage : qu'elle soit justifiée ou non, la perception par les parties ou l'une d'elles de perte d'indépendance ou de neutralité du tiers médiateur entraînera une perte de confiance dans la neutralité de ce même tiers arbitre. Cette considération doit amener le médiateur à ne pas accepter d'intervenir comme arbitre. Même s'il se voit, lui-même, encore comme intervenant neutre et indépendant, la perception différente par les parties ou l'une d'elles doit suffire, à ce stade, pour qu'il accepte d'être récusé : autant ne pas entamer un processus arbitral qui part sur de mauvaises bases et qui ne peut qu'engendrer suspicion et entacher tout le processus arbitral.

2. Par contre, si les parties, au terme de la phase de médiation, expriment leur satisfaction dans l'intervention du médiateur et confirment leur confiance dans sa capacité de rester neutre et indépendant au stade de l'arbitrage, alors même qu'elles savent qu'il y a eu des *caucus* et qu'elles ne savent pas tout ce qui s'est dit lors de ceux-ci, pourquoi empêcher le processus, choisi par les parties dès le départ et confirmé à ce stade, de s'accomplir ?

Ainsi donc, le passage d'une phase à l'autre dans un processus de « med-arb » est un moment crucial. Il faut à ce moment que les parties et le tiers confirment vouloir s'engager ensemble dans la phase arbitrale.

J'ajoute qu'il convient que le consentement donné les parties pour entamer la phase arbitrale soit un consentement « éclairé ». Dans la toute grande majorité des cas, et certainement dans les litiges commerciaux, comme les parties sont assistées par des avocats, l'obtention d'un

(25) F. Vandeputte et P. Van Leynseele, « Mode d'emploi de la médiation », *J.T.*, 1999, p. 238.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 846 02/12/2013 18:19:34

consentement libre et éclairé ne devrait pas poser de problème particulier. Toutefois, même en présence d'avocats, le médiateur candidat arbitre doit impérativement éclairer les parties sur les conséquences du choix de poursuivre par la voie de l'arbitrage(26). À mon sens, il doit notamment attirer l'attention des parties sur le fait :

1. qu'au contraire de la phase de médiation, les parties perdront la maîtrise de la solution du conflit, la décision relevant dorénavant du pouvoir conféré à l'arbitre ;

2. que, lors des *caucus* qui ont eu lieu, le médiateur a pu recevoir d'une partie des informations qu'il n'a pas été autorisé à dévoiler à l'autre et qu'il ne peut savoir à ce stade si ces informations seront soumises à la contradiction lors des débats devant lui puisque la levée éventuelle de la confidentialité de ce qui s'est dit en *caucus* dépend de la partie qui lui a fourni ces informations ;

3. que toutefois, dans le processus arbitral, il ne tiendra compte que des pièces et des éléments de preuve qui font partie du dossier soumis à la contradiction, tel qu'il sera constitué par et échangé entre les parties ;

4. qu'il est loisible aux parties de le récuser — et donc de ne pas accomplir la phase arbitrale de la « med-arb » avec lui — si elles ont une crainte quant à une perte d'indépendance ou de neutralité de sa part ;

5. qu'il accepte d'emblée une récusation dès lors qu'elle est exprimée avant l'entame de la procédure arbitrale proprement dite ;

6. que, par contre, si les parties décident d'entamer la phase arbitrale, elles doivent être considérées comme ayant renoncé à se prévaloir de la perte de neutralité ou d'indépendance de l'arbitre pour tous motifs qui seraient liés au déroulement de la phase de médiation(27).

---

(26) L'arbitre a en quelque sorte un rôle « pédagogique » vis-à-vis des parties. Il doit leur faire accepter les règles de procédure qui seront adoptées. Il faut prendre le temps d'en discuter avec elle, de leur faire comprendre les avantages et inconvénients de chaque formule et les amener à se mettre d'accord, à supposer qu'elles soient opposées sur ces questions, sans susciter des problèmes qui n'existeraient pas », C. KESSEDJAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, p. 381.

(27) Voy. les nouveaux articles du Code judiciaire :

— article 1986, § 2 : « Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a désigné ou à la désignation duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette désignation ».

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 847 02/12/2013 18:19:34

Après ces mises en garde, si les parties confirment leur volonté d'entamer l'arbitrage, il sera prudent de confirmer, dans un acte de mission ou dans un échange écrit, que ces consentements ont été donnés après que le médiateur ait fourni les éclaircissements et mises en garde suggérés ci-dessus, avant l'entame de la procédure arbitrale proprement dite.

Reste alors à se poser la question de savoir si un tel engagement, exprimé ou reconfirmé après ces précautions, est valable, c'est-à-dire s'il permet de mettre la future sentence à l'abri d'une demande d'annulation ou d'un motif de refus d'*exequatur*. Je pose ci-après, en résumé, les grandes lignes des aspects juridiques tel que je les perçois. Il méritent sans aucun doute un examen plus approfondi qu'il n'est possible de le faire ici. Mon analyse me permet toutefois de penser que, *de lege lata*, le raisonnement « tient la route » et devrait permettre à la « med-arb », dans le respect des conditions que je prône, de se développer sans risque.

III. Questions de droit

A. *De quoi parlons-nous ?*

Deux types de problèmes méritent examen :

1. La sentence arbitrale rendue au terme d'une procédure de « med-arb » risque-t-elle d'être annulée ou de ne pas recevoir l'*exequatur* en raison de doutes quant à l'indépendance ou l'impartialité du « med-arbitre » ? et,

Doit-on considérer qu'il y a infraction au principe du contradictoire si le « med-arbitre » a tenu des *caucus* pendant la phase de la médiation ?

— article 1979 : « Une partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

Comparer avec les règles énoncées par la Cour de cassation française dans ses arrêts du 11 juillet 2002 et du 21 novembre 2002 (*Rev. arb*., 2004, p. 283) : « La cour d'appel ayant relevé que l'auteur du recours en annulation de la sentence avait activement participé à l'arbitrage, celui-ci doit donc être réputé avoir renoncé à se prévaloir ultérieurement, au soutien du recours formé contre la sentence, des irrégularités qu'il s'est, en connaissance de cause, abstenu d'invoquer devant l'arbitre », et « La participation sans réserve d'une partie à l'arbitrage vaut de sa part renonciation au droit d'invoquer, au motif qu'elle était insérée dans un acte mixte, la nullité de la clause compromissoire ».

Voy. aussi : Paris, 18 janvier 2007, *Rev. arb*., 2007, p. 134.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 848 02/12/2013 18:19:34

Ces deux questions relèvent de l'article 1717, § 3, (a)(ii) ou de l'article 1717, § 3, (b)(ii) du Code judiciaire ;

2. Y a-t-il eu, au regard de l'article 1728 du Code judiciaire, une infraction au devoir de confidentialité dès lors que l'arbitre connaît tout le déroulement de la phase de médiation lorsqu'il mène la phase arbitrale ?

L'analyse de ces questions doit être vue dans la perspective de la règle qui veut que les parties ne peuvent pas aménager conventionnellement le régime des nullités du Code ; en d'autres termes, qu'il n'est pas permis d'ajouter ou de retirer des motifs d'annulation. Certains auteurs ajoutent, toutefois, que les parties peuvent renoncer à se prévaloir de leurs droits après le prononcé de la sentence et pour autant que l'ordre public ne soit pas atteint(28). Il paraît certain que les parties ne peuvent s'affranchir du respect des règles par la simple voie contractuelle.

Il est amusant de relever qu'aux États-Unis, « the biggest and most obvious concern with the med-arb procedure is the actual use of confidential mediation communications in fashioning an arbitration award »(29). Ainsi, la jurisprudence et la doctrine américaines, qui sont nourris par la pratique de la médiation et de la « med-arb », font de la confidentialité leur souci premier tandis que les auteurs européens, qui ont une approche beaucoup plus théorique et procédurale, sont davantage préoccupés par le respect des droits de la défense et les garanties d'indépendance et d'impartialité.

B. *L'article 1717, § 3, du Code judiciaire et le respect du contradictoire*

1. La notion et l'évolution récente du droit belge

La définition que la cour d'appel de Paris donne au principe du contradictoire constitue une bonne synthèse de ce que l'obligation recouvre : « Le principe de la contradiction permet d'assurer la loyauté des débats et le caractère équitable du procès en empêchant notamment qu'une décision soit rendue sans que chaque partie ait été en mesure de faire

(28) B. Hanotiau et O. Caprasse, *op. cit.*, « L'annulation des sentences arbitrales », p. 417 ; G.-A. Dal et G. Keutgen, *L'arbitrage en droit belge et en droit international*, I, 2006, p. 489 ; G. Closset-Marchal, « Le juge étatique et l'instance arbitrale », *J.T.*, 2010, p. 249.

(29) K. M. Blankley, *op. cit.*, p. 332.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 849 02/12/2013 18:19:34

valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions de son adversaire et de les discuter, ou qu'une écriture ou document n'ait été porté à la connaissance du tribunal arbitral sans être également communiqué à l'autre partie, et à ce qu'aucun moyen de fait et de droit ne soit soulevé d'office sans que les parties aient été appelées à le commenter »[30]. Ce principe, universellement reconnu, s'intègre dans l'obligation plus générale du respect des droits de la défense et s'applique tant devant les juridictions étatiques que dans le cadre des procédures arbitrales[31]. Certains y voient d'ailleurs un principe de droit naturel[32]. Il engendre des obligations pour les parties et l'arbitre. Ce dernier est donc le garant du contradictoire, mais aussi son débiteur et doit, par conséquent, veiller à soumettre aux débats l'ensemble des éléments de fait et de droit qui étayeront son raisonnement tout en s'assurant que les parties aient été suffisamment en mesure de pouvoir les contester[33].

Il implique de nombreuses conséquences concrètes sur la procédure dont certaines ont un rapport évident avec le contexte de la « med-arb ». Premièrement, si l'arbitre peut user de ses connaissances personnelles, entendons ici son savoir général, pour apprécier les éléments que lui soumettent les parties, il ne peut par contre pas mener des investigations en dehors de celles prévues par le Code judiciaire pour acquérir des informations relatives au litige[34]. Ensuite, il lui est en principe interdit d'avoir des contacts séparés avec les parties durant la procédure[35].

Ceci dit, la règle n'est pas sans nuances.

B. Hanotiau et O. Caprasse[36], commentant un arrêt de principe de la Cour de cassation du 25 mai 2007[37], ont déjà souligné que le fait de sanctionner automatiquement les sentences arbitrales allait à l'encontre des principes de loyauté et d'efficacité de la sentence. Par ailleurs, ils ont rappelé que le régime de l'ancien alinéa 4 de l'article 1704 du Code judi-

(30) Paris, 14 juin 2007, *Rev. arb.*, 2007, p. 644.

(31) G.-A. Dal et G. Keutgen, *op. cit.*, II, p. 893.

(32) L. Bernheim-van de Casteele, *op. cit.*, pp. 539 et 540.

(33) Civ. Bruxelles, 4e ch., 25 octobre 1996, *J.T.*, 1997, pp. 394 et 395 ; L. Bernheim-van de Casteele, *ibidem*, pp. 549 à 553 ; B. Hanotiau et O. Caprasse, *op. cit.*, note sous Cass., 25 mai 2007, p. 457.

(34) B. Hanotiau et O. Caprasse, *ibidem*, p. 459.

(35) C. Verbruggen, « The arbitrator as a neutral third party », *Walking a thin line : what an arbitrator can do, must do or must not do*, actes du colloque du CEPANI du 29 septembre 2010, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 56.

(36) B. Hanotiau et O. Caprasse, *op. cit.*, note sous Cass., 25 mai 2007, pp. 465 à 468.

(37) Cass., 1re ch., 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 445 à 452.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 850 02/12/2013 18:19:34

ciaire prévoyait que certaines causes d'annulation n'étaient pas retenues lorsque la partie s'en prévalant devant le juge ne les avait pas invoquées durant la procédure arbitrale alors qu'elle en avait eu connaissance. Or le grief de la violation des droits de la défense n'était pas repris dans l'énumération. Même s'il a trait au contexte judiciaire, un arrêt de la Cour de cassation du 29 septembre 2011 a suivi la voie des recommandations de ces auteurs en décidant que les droits de la défense ne sont pas violés « lorsqu'un juge fonde sa décision sur des éléments dont les parties pouvaient s'attendre, au vu du déroulement des débats, à ce que le juge les inclue dans son jugement et qu'elles ont pu contredire »[(38)]. J.-Fr. van Drooghenbroeck, dans son commentaire de cette décision, rejoignait l'avis de B. Hanotiau et O. Caprasse quant à la nécessité d'une évolution législative pour l'arbitrage[(39)(40)]. Il s'est inspiré de l'évolution de la conception générale du principe du contradictoire qui s'opère au sein de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[(41)]. En effet, depuis plusieurs arrêts, dont l'arrêt *Verdu* du 15 février 2007[(42)], celle-ci adopte une conception matérielle du contradictoire, qui s'écarte de l'ancienne, davantage formelle, en préconisant que la violation du principe ne doit pas être sanctionnée de manière excessive, mais seulement si elle crée un véritable préjudice pour l'une des parties. Ainsi, l'enseignement qui s'en dégage est que le contradictoire demeure une valeur cardinale, mais qu'il doit être considéré à l'aune des exigences de loyauté, de célérité et d'économie du procès. Dans les merveilleuses formules des professeurs van Compernolle et de Leval, il faut pouvoir « économiser le contradictoire sans le sacrifier »[(43)] et « refouler les palinodies procédurales »[(44)].

(38) Cass., 1re ch., 29 septembre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, pp. 201 à 203.

(39) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction », note sous Cass., 1re ch., 29 septembre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, p. 211.

(40) Soulignons que tous les auteurs ne sont pas du même avis. Ainsi, H. Boularbah formulait une opinion contraire dans son article « Le juge étatique, "bon samaritain de l'arbitrage" — Brèves variations autour des pouvoirs d'assistance et de contrôle du juge étatique pour assurer l'efficacité et la qualité de la procédure arbitrale » (H. BOULARBAH, *Hommage à Guy Keutgen*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 766 et 767).

(41) C.E.D.H., arrêt *Stepinska c. France*, 15 juin 2004, req. no 1814/02, § 18 ; C.E.D.H., arrêt *P.D. c. France*, 20 décembre 2005, req. no 54730/00, §§ 33 et 34 ; C.E.D.H., arrêt *Asnar c. France*, 18 octobre 2007, req. no 12316/04, §§ 26 et 27.

(42) C.E.D.H., arrêt *Verdu c. Espagne*, 15 février 2007, req. no 43432/02, §§ 25 à 29.

(43) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *loc. cit.*

(44) J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil », *J.T.*, 2012, p. 513.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 851 02/12/2013 18:19:34

Ces quelques développements permettent de comprendre pourquoi le principe du contradictoire a fait peau neuve dans la loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage(45). Deux changements sont à souligner. D'une part, le législateur a clairement affirmé le caractère fondamental du principe du contradictoire en interdisant aux parties de l'écarter par des conventions contraires (article 1699). Mais d'autre part, deux aménagements autrefois exclus, sont désormais de mise : ils concernent l'incidence sur la sentence (article 1717, § 3, (ii)) et le fait de n'avoir pas invoqué le grief sans tarder (article 1717, § 5). Cette deuxième condition n'existe cependant pas sur le plan du contrôle lors de la reconnaissance de la sentence belge ou étrangère (article 1721).

Relevons, enfin, que le droit européen insiste également sur le respect des droits de la défense dans sa législation récente en matière de M.A.R.C. L'article 9 de la directive du 21 mai 2013 sur l'utilisation des M.A.R.C. dans les litiges de consommation en témoigne(46).

2. Quelles implications pour la « med-arb » ?

Pendant la phase de médiation, le fait que des *caucus* aient lieu n'est évidemment pas, en soi, contraire à la loi, puisque l'on sait que la nature même de la médiation commande d'écarter des principes procéduraux fondamentaux parmi lesquels le principe du contradictoire(47). Le problème émerge lorsque le médiateur devient arbitre : comme les parties ne sont pas mises au courant de ce qui s'est dit ou de ce qui a été montré au médiateur lors de ces entretiens séparés, elles ne sont évidemment pas en mesure d'y répondre.

Le scénario qui nous paraît acceptable est le suivant. Il s'agit d'une interprétation combinée des articles 1699 et 1717, § 5, du Code judiciaire. La sentence (méd-)arbitrale ne devrait pas encourir le risque d'annulation si les parties conviennent au début de l'arbitrage qu'elles ne soulèveront pas de motifs d'annulation ou de non-reconnaissance liés au simple fait que le médiateur soit devenu arbitre alors même qu'il a tenu

(45) Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013.

(46) Directive (UE) nº 2013/11 du Parlement européen et du Conseil relative au règlement extrajudiciaire des conflits de consommation et modifiant le règlement (CE) nº 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, *J.O.U.E.* L. 165 du 18 juin 2013, article 9.

(47) E. Charpy, *op. cit.*, p. 123.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 852 02/12/2013 18:19:35

des caucus[48]. À mes yeux, ceci n'est pas contraire à l'article 1699[49] qui consacre l'obligation générale du respect des droits de la défense, car le consentement des parties n'emporte pas renonciation inconditionnelle, pour la phase arbitrale, au principe du contradictoire, mais constitue uniquement une renonciation au droit de soulever un motif dont elles ont connaissance au moment où elles confirment le pouvoir juridictionnel du « med-arbitre ». Elles savent que leur futur arbitre a pu recevoir des informations confidentielles de la part de l'autre partie, et elles l'acceptent. En outre, par le fait même de leur accord quant à l'entame de la phase arbitrale, elles confirment ne pas avoir de doute quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre (au sens de l'article 1686, § 2, du Code judiciaire). Elles ne pourront ainsi plus invoquer par la suite qu'elles ne savaient pas ce qui avait pu être dit à l'arbitre lorsqu'il était encore médiateur, ce qui est conforme à l'exception prévue à l'article 1717, § 5[50].

Dans la proposition que je formule, ce consentement doit être exprès et être donné après que le « med-arbitre » ait éclairé les parties sur les conséquences de leur choix[51].

Autre aspect : si l'arbitre est autorisé à rendre une sentence obligatoire même s'il dispose de renseignements qui n'ont pas été soumis à la contradiction des parties pendant la phase arbitrale, peut-il néanmoins intégrer ces éléments dans sa décision finale ? Ou, à l'inverse, doit-il les refouler volontairement afin qu'ils n'influencent ni explicitement ni implicitement sa sentence ? On pourrait être tenté de répondre à ces questions par l'affirmative — « oui, l'arbitre peut tenir compte de ces informations dans sa sentence » — uniquement sur la base d'une lecture logique de l'article 1717 du Code judiciaire. En effet, la violation du principe du contradictoire ne peut être soulevée que (i) si les parties n'en ont pas eu connaissance préalablement au prononcé de la sentence

(48) D. C. ELLIOTT, *op. cit.*, p. 180.

(49) « Nonobstant toute convention contraire, les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits, moyens et arguments dans le respect du contradictoire. Le tribunal arbitral veille au respect de cette exigence ainsi qu'au respect de la loyauté des débats ».

(50) « § 5. Ne sont pas retenues comme causes d'annulation de la sentence arbitrale les cas prévus au § 2, a), i, ii, [c'est ce point-ci qui compte] iii et v, lorsque la partie qui s'en prévaut en a eu connaissance au cours de la procédure arbitrale et ne les a pas alors invoquées ».

(51) Voy. ci-dessus, p. 861. Voy. aussi G. F. PHILLIPS, « Same-neutral med-arb : what does the future hold ? », *New York Dispute Resolution Lawyer*, printemps 2009, n° 2/1, pp. 77 à 79.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 853 02/12/2013 18:19:35

(et sans l'invoquer) *et* (ii) si elle a une incidence sur la sentence : deux conditions cumulatives donc. Ainsi, la première condition n'étant pas remplie, il n'y a aucune raison qu'il faille, pour échapper à la sanction de l'annulation, respecter la seconde condition.

Cette solution ne peut convenir. Elle n'est pas en adéquation avec le but recherché par le législateur. Certes, la loi sur l'arbitrage a été modifiée afin d'atténuer le principe du contradictoire là où les parties usaient de moyens dilatoires pour ralentir la procédure, mais jamais le législateur n'a voulu priver ce principe de son essence. Or accepter que l'arbitre puisse fonder sa décision sur des éléments absents du débat contradictoire reviendrait à vider ce principe de son sens. Il est donc préférable d'écarter cette réponse au regard de la finalité du texte et d'un principe de prudence. Par ailleurs, tolérer cette éventualité contreviendrait à l'obligation de confidentialité qui s'attache à ces informations privées : il s'agit de secrets confiés au médiateur dans l'unique but de l'aider dans sa fonction de médiation ; il ne s'agit pas d'informations qui doivent influencer l'arbitrage si une partie a décidé de ne pas les soumettre à la contradiction.

Par contre, il ne me semble pas anormal que l'arbitre, qui est tenu de respecter les règles de droit, dont les règles de preuve(52), quoiqu'ayant connaissance de certains faits qui ne lui auraient été révélés par une partie qu'à l'occasion d'un *caucus* sous le sceau de la confidentialité, prononce sa décision sans tenir compte de ces éléments non révélés à l'autre partie. Il ne pourra pas en faire état dans sa sentence, et certainement pas les invoquer à l'appui de la motivation de celle-ci.

Agissant de la sorte, il ne se trouve pas dans une position différente de celle du juge (ou de l'arbitre), devant qui une pièce a été produite, mais qu'il doit ensuite écarter parce qu'elle a été soumise à tort en raison du fait qu'elle était couverte par une cause de confidentialité : dans ce cas, même s'il en a eu connaissance avant de se prononcer sur la question de la confidentialité, il ordonne qu'elle soit écartée des débats et il s'engage (le plus souvent, implicitement) à ne pas en tenir compte. Dans ce cas, il s'impose « d'oublier » lorsqu'il rédige son jugement ou sa sentence ce qu'il aura pu lire dans ou ce qui aura pu lui être dit à propos de la pièce déclarée confidentielle.

Ce même mode opératoire peut très bien fonctionner pour les informations « secrètes » dont l'arbitre aurait eu connaissance pendant la phase de médiation de la « med-arb ». Qu'il en ait eu connaissance par la voie d'un document qu'il écarte ensuite ou par une communication orale lors

(52) Certes aménagées par l'article 1700, § 3, du Code judiciaire.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 854 02/12/2013 18:19:35

d'un *caucus* n'y change rien : il n'en tient tout simplement pas compte dans son délibéré.

La Convention de New York prévoit en son article V, § 1er, (b), que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence étrangère seront refusées si une partie fournit au juge la preuve « qu'il lui a été impossible (…) de faire valoir ses moyens ». À l'inverse de la loi belge, cet article ne requiert pas l'observation de conditions supplémentaires. Ni l'incidence sur la sentence, ni la connaissance de l'irrégularité ne sont prises en compte dans la Convention(53). Néanmoins, cette absence est compensée par les grands principes qui la sous-tendent. En effet, tout le texte est dominé par le principe de la *favor arbitrandum* en vertu de laquelle les tribunaux doivent considérer les sentences avec souplesse et adopter « un parti pris » en faveur de leur exécution(54). Par ailleurs, le texte français de la Convention est sans doute moins clair que le texte anglais qui utilise la formule « may be refused », mais il est ordinairement admis que le tribunal saisi qui constate l'existence d'un motif de refus d'*exequatur* jouit, malgré tout d'un certain pouvoir discrétionnaire pour accorder l'*exequatur*(55).

En conséquence, ces principes justifient que les tribunaux ne refusent la sentence que lorsque la violation du contradictoire est sérieuse et qu'il est établi qu'elle a causé un préjudice substantiel à la partie qui s'en prévaut(56). Cette idée est défendue notamment par les juridictions américaines dont la jurisprudence indique que les parties ne doivent pas s'attendre à être traitées de la même manière que dans une procédure judiciaire parce qu'elles ont précisément fait le choix de ne pas y avoir recours(57).

La situation d'une sentence prononcée au terme d'une procédure de « med-arb » tombant sous le coup de la Convention de New York, ne devrait donc à mes yeux pas subir un sort différent de celle que je propose en pur droit belge.

De nombreux auteurs envisagent, dans la doctrine internationale, les problèmes qu'engendre la « med-arb » en termes de *natural justice* et

(53) G.-A. Dal et G. Keutgen, *op. cit.*, p. 549.

(54) B. Duquesne et B. Hanotiau, *op. cit.*, p. 310.

(55) B. Duquesne et B. Hanotiau, *ibidem*, p. 310.

(56) B. Hanotiau et O. Caprasse, « Arbitrability, Due Process, and Public Policy under article V of the New York Convention », *Journal of International Arbitration*, 2008, vol. 5, p. 727 ; B. Duquesne et B. Hanotiau, *ibidem*, p. 311.

(57) B. Hanotiau et O. Caprasse, *op. cit.*, note sous Cass., 25 mai 2007, p. 462.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 855 02/12/2013 18:19:35

due process, qui sont les expressions anglaises qui incluent le principe du contradictoire[58]. D. Plant, un médiateur américain célèbre, a défini les huit règles à prévoir nécessairement pour assurer la réussite d'une « med-arb » dans son livre *We must talk because we can*[59][60]. La troisième et la quatrième règles représentent une belle synthèse de la solution proposée ci-dessus :

« Third — In the event that the arbitrator must resume the arbitral role after participating in settlement discussions, the arbitrator should undertake to decide the matter only on the merits and only on the record. The arbitrator must take special care not to add subconsciously to the arbitration record as a result of information acquired informally and off the record during settlement discussions.

Fourth — The parties must expressly agree in writing or on the record that the arbitrator's participation in settlement discussions will not be asserted by any party as grounds for disqualifying the arbitrator or for challenging any award rendered by the arbitrator (unless, for example, on its face it is apparent that the award is based on information outside the record and learned by the arbitrator during settlement discussions) ».

C. *Les garanties d'indépendance et d'impartialité*

1. La notion et l'évolution récente du droit belge

La validité d'une sentence qui serait prononcée au terme d'un processus de « med-arb » doit également être évaluée au regard des exigences d'indépendance et d'impartialité. Pour rappel, ces exigences existent pour la médiation (article 1726 du Code judiciaire) comme pour l'arbitrage (articles 1685, § 2, et 1686 nouveaux du même Code)[61].

Quel est le fondement de ces principes ? Pour la procédure arbitrale, ceux-ci dérivent de la fonction juridictionnelle que l'arbitre doit assumer

(58) D. C. Elliott, *op. cit.*, p. 176 ; J. Lack, *op. cit.*, p. 144.

(59) D. W. Plant, *We must talk because we can*, Kluwer Law International, 2009, 188 p.

(60) Les autres règles sont reprises dans l'annexe 3.

(61) Voy. pour une description de ces concepts et de leurs différences : J. van Compernolle, « L'arbitre et le Code judiciaire », *Rev. dr. intern. comp.*, 2005, p. 26 ; G. Matray, J. Levy-Morelle et M. Fontaine, « La vérité : l'obligation d'indépendance de l'arbitre se double-t-elle d'une obligation générale de révélation/impartialité/objectivité/neutralité ? », *Hommage à Guy Keutgen*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 614 ; G.-A. Dal et G. Keutgen, *op. cit.*, p. 217.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 856 02/12/2013 18:19:35

et qui nécessite que les parties aient pleine confiance en l'intégrité de ce dernier(62). En médiation, il s'agit moins d'une obligation formelle que d'un savoir-faire qui doit être l'apanage du médiateur(63). Celui-ci doit adopter une attitude non directive et neutre qui équivaut à un principe d'action spécifique à la médiation en vertu duquel il fait preuve de réserve et s'abstient, en tout cas dans un schéma de médiation dite « facilitative », d'approuver ou de désapprouver, de donner des avis, de pronostiquer des résultats, de préconiser des solutions, etc.(64)

L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre peuvent être testées *a priori* et *a posteriori*. Comment ont-elles été incorporées dans le Code judiciaire(65) ? Les règles ont légèrement changées en 2013.

Contrôle *a priori* : la nouvelle loi a ajouté un instrument préventif : l'obligation de révélation(66). Elle existait déjà dans maintes législations dont la loi type C.N.U.D.C.I. et le droit français(67) et dans la pratique des bonnes institutions d'arbitrage belges, qui avaient comblé cette lacune(68). Elle est également inscrite dans les « Guidelines on Conflicts of Interest », établies par l'International Bar Association(69) pour aider l'arbitre à déterminer les situations qui doivent être divulguées aux parties(70).

Le contrôle se fait également *a posteriori*, par le mécanisme de la récusation(71), qui peut intervenir tout au long de la procédure, depuis la désignation de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence(72). Ce mécanisme n'a pas connu de modifications significatives à l'occasion de la loi du 24 juin 2013 et permet toujours aux parties de se défaire de l'arbitre si, après sa désignation, des doutes légitimes sur son intégrité surgissent.

---

(62) L. Bernheim-van de Casteele, *op. cit.*, p. 509.

(63) J. Cruyplants, M. Gonda et M. Wagemans, *op. cit.*, pp. 9 et 10.

(64) J. Cruyplants, M. Gonda et M. Wagemans, *ibidem*, pp. 247 à 254.

(65) Rappelons incidemment qu'en droit de la consommation ces mécanismes doivent être conformes aux normes minimales imposées par le législateur européen. Voy. la directive (UE) nº 2013/11 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) nº 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, article 6.

(66) J. van Compernolle, *op. cit.*, p. 27.

(67) L. Bernheim-van de Casteele, *op. cit.*, p. 514.

(68) G.-A. Dal et G. Keutgen, *op. cit.*, p. 219.

(69) « IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration », approuvées le 22 mai 2004.

(70) C. Verbruggen, *op. cit.*, « The arbitrator as a neutral third party », p. 47.

(71) J. van Compernolle, *op. cit.*, p. 28.

(72) D. Matray et A.-J. van den Berg, *ibidem*, p. 95.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 857 02/12/2013 18:19:35

À ce titre, il est légitime pour la crédibilité de l'institution arbitrale que l'arbitre ne doive pas seulement éviter la faute, mais qu'il échappe également à tout soupçon(73).

Toutefois, si l'impartialité est un principe d'ordre public, le droit à la récusation ne l'est pas. Les parties peuvent, comme le suggère le Code judiciaire, y renoncer et couvrir la faute de l'arbitre(74). Deux situations doivent être distinguées. Premièrement, les parties ne peuvent récuser l'arbitre que pour les causes dont elles ont eu connaissance après sa désignation et après la procédure de révélation *ab initio* qui s'y adjoint. À défaut, elles seront présumées avoir renoncé à ce droit. Ensuite, en cas de doute durant la procédure, que ceux-ci aient été communiqués par l'arbitre aux parties ou qu'ils émanent des parties elles-mêmes, la demande de récusation ne sera recevable que si l'une des parties expose ses motifs de récusation à l'arbitre dans un délai de quinze jours (article 1687, § 2, (a)).

Auparavant, le Code judiciaire excluait textuellement ces causes de récusation comme motifs d'annulation de la sentence alors même qu'elles auraient été connues après le prononcé de la sentence. Le législateur n'a pas repris cette formule à l'occasion de la modification de la sixième partie du Code judiciaire. Le défaut d'indépendance ou d'impartialité n'est aujourd'hui pas prévu comme cause d'annulation (limitativement énumérées) de la sentence à l'article 1717 du Code judiciaire. Le droit d'autres pays, comme la France ou l'Angleterre, le prévoient(75). Selon plusieurs auteurs(76), les parties pourraient néanmoins demander l'annulation de la sentence sur base du grief tiré de la violation de l'ordre public.

2. *Quid* pour la « med-arb » ?

Ne nous en cachons pas, le principe au cœur de la « med-arb » semble malmener les garanties d'indépendance et d'impartialité, à tout le moins en apparence. Pour la phase de médiation, il n'y a aucune difficulté par-

(73) D. Matray et A.-J. van den Berg, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre », *L'arbitre : pouvoirs et statut*, actes du colloque du CEPANI du 28 mars 2003, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 93.

(74) G.-A. Dal et G. Keutgen, *op. cit.*, p. 265.

(75) C. Verbruggen, *op. cit.*, « The arbitrator as a neutral third party », p. 61.

(76) B. Hanotiau et O. Caprasse, *op. cit.*, « L'annulation des sentences arbitrales », p. 417 ; J. van Compernolle, *op. cit.*, p. 29.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 858 02/12/2013 18:19:35

ticulière. Par contre, la phase arbitrale nous paraît contenir deux sources de problème. D'une part, la « med-arb » est organiquement susceptible d'éveiller des doutes quant à (l'apparence de) la persistance d'indépendance du « med-arbitre ». La médiation en elle-même, mais surtout les apartés conduisent le « med-arbitre » à entretenir des relations de proximité avec les parties, à partager confidentiellement avec celles-ci des informations personnelles dont, par hypothèse, il n'aurait pas eu connaissance s'il n'avait été qu'arbitre. En ce sens, la récusation est ainsi souvent demandée lorsqu'un arbitre a déjà connu du litige ou d'un litige connexe dans un arbitrage antérieur(77). D'autre part, l'impartialité du « med-arbitre » pourrait être contestée au regard des comportements qu'il aurait adoptés durant la médiation. Malgré le fait que la neutralité constitue un principe fondateur de l'intervention du médiateur, il est difficile pour celui-ci de contenir l'ensemble des signes qui pourraient trahir ses penchants en faveur des opinions et des solutions exprimées par les parties(78).

En dépit de ces difficultés, la validité de la « med-arb » ne me semble pas, sur le plan des principes, inconcevable. En effet, on a observé antérieurement que la récusation ne pouvait intervenir que pour des causes dont la partie n'avait pas connaissance avant la désignation de l'arbitre(79). Il me semble difficilement contestable que le fait pour les parties d'avoir consenti à la poursuite des fonctions du « med-arbitre » au terme de la médiation puisse être vu comme autre chose qu'une marque de confiance dans l'indépendance et l'impartialité du médiateur devenu arbitre malgré d'éventuelles apparences en sens contraire. Les parties ont, à ce moment, eu l'occasion de le récuser comme arbitre. Si elles ont choisi de ne pas le faire à ce moment-là, il y a lieu de les priver de la possibilité de le faire pour un motif d'absence d'indépendance ou d'impartialité tiré de ses anciennes fonctions de médiateur une fois que la procédure arbitrale est entamée.

D. *Le respect de l'ordre public*

Pour ce qui concerne la médiation, l'on sait que la contrariété à l'ordre public est l'un des motifs permettant de refuser l'homologation d'un accord de médiation, d'annuler la sentence arbitrale ou de refuser sa

(77) J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 26.
(78) D. C. ELLIOTT, *op. cit.*, p. 177.
(79) G.-A. DAL et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 265.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 859 02/12/2013 18:19:35

reconnaissance. Pour ce qui concerne l'arbitrage, le Code judiciaire et la Convention de New York l'intègrent parmi les causes qui peuvent être soulevées d'office par le juge(80).

La difficulté pour la convention de « med-arb » réside dans la nature même des normes d'ordre public qui ne peuvent en aucune circonstance faire l'objet de renonciation(81). Cette conséquence vient-elle ainsi sonner le glas de la thèse que je soutiens ? Deux justifications me paraissent suffisantes pour écarter cette hésitation.

Premièrement, comme nous l'avons vu précédemment, le législateur prévoit des régimes spécifiques de sanctions pour la violation des principes d'indépendance, d'impartialité et du contradictoire, avec des conditions particulières à respecter pour les mettre en œuvre (par exemple, l'incidence sur la sentence) ainsi que des règles de déchéance. Les parties pourraient-elles faire fi de ces restrictions en invoquant simplement le grief tiré de la violation de l'ordre public ? En se penchant sur cette question et en évoquant un exemple en particulier(82), B. Hanotiau et O. Caprasse ont répondu que « s'il est bien d'ordre public, le grief tiré de la violation des droits de la défense est un grief qui ne peut être soulevé que dans le respect du cadre posé par le législateur. Or le législateur a ici imposé un délai de trois mois pour l'invocation du grief. On ne peut, par une voie détournée, soit l'invocation de la violation des droits de la défense sous le pavillon de la violation de l'ordre public, passer outre ce délai »(83). L'ordre public ne peut donc pas être invoqué sans tenir compte des aménagements de la loi.

Deuxièmement, l'appréciation donnée à l'ordre public en procédure arbitrale doit être distinguée de celle qui est faite classiquement par les juridictions étatiques. En témoigne, d'ailleurs, l'opinion générale de la doctrine consacrée à l'arbitrage international, qui considère que seule la violation grave de l'ordre public doit être sanctionnée lors du contrôle

(80) Articles 1717, 1721 et 1733 du Code judiciaire ; Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York le 10 juin 1958, approuvée par la loi du 5 juin 1975, article V, § 2, b).

(81) B. Hanotiau et O. Caprasse, *op. cit.*, « L'annulation des sentences arbitrales », p. 418.

(82) La réponse de B. Hanotiau et O. Caprasse concerne l'ancien régime. Depuis la loi de 2013, tous les motifs d'annulation doivent être soulevés dans un délai de trois mois (article 1717, § 4, du Code judiciaire.)

(83) B. Hanotiau et O. Caprasse, *op. cit.*, note sous Cass., 25 mai 2007, pp. 468 et 469.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 860 02/12/2013 18:19:35

de la sentence[84]. La formule empruntée à J. van Compernolle est ici lourde de sens : « Les exigences tenant à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre sont d'ordre public ; elles ne peuvent être écartées dans la mesure où il apparaît que la partie n'a pas été en mesure de pouvoir, en connaissance de cause, valablement y renoncer »[85]. Ce constat découle aussi de la jurisprudence de la Cour de cassation française qui, à plusieurs reprises, a rejeté des pourvois qui évoquaient la violation de normes d'ordre public durant l'instance arbitrale en raison des renonciations qui avaient eu lieu auparavant[86].

E. *L'obligation de confidentialité*

La confidentialité constitue l'un des piliers d'un processus de médiation. Le déroulement du processus et les communications qui auront lieu lors de celui-ci ne pourront pas être utilisés à l'occasion de procédures, judiciaires ou arbitrales, ultérieures[87]. Le principe est aménagé en médiation tant par le législateur belge qu'européen (article 7 de la directive de 2008[88]). En outre, une confidentialité « renforcée » existe dans de l'obligation faite au médiateur de ne pas révéler les informations et confidences qui lui auraient été dévoilées durant les apartés[89].

Il va sans dire que l'obligation de confidentialité n'est pas neutre lors du déroulement d'un processus de « med-arb ». La question concerne la manière dont les parties et surtout le « med-arbitre » vont se servir des informations recueillies lors de la médiation, que ce soit à l'occasion des rencontres plénières ou des caucus. L'article 1728, § 1er, du Code judiciaire prévoit une interdiction de principe de dévoiler ces informations tant au cours qu'après la médiation. Est-ce à dire que le médiateur doit « oublier » tout ce qui s'est passé pendant la médiation lorsqu'il se trans-

(84) B. Hanotiau et O. Caprasse, *op. cit.*, « Arbitrability, Due Process, and Public Policy… », p. 739.

(85) J. van Compernolle, *op. cit.*, p. 29.

(86) M. Bandrac, « L'irrecevabilité devant le juge de l'annulation des moyens non invoqués devant les arbitres », note sous Cass., 2e ch., 11 juillet 2002, 21 novembre 2002, 10 juillet 2003 et 20 novembre 2003, *Rev. arb.*, 2004, pp. 283 à 291.

(87) Article 1728 du Code judiciaire ; voy aussi : P. Van Leynseele et F. Van de Putte, « Médiation : confidentialité et responsabilité », *J.T.*, 1999, pp. 254 et 255.

(88) Directive (CE) no 2008/52 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L. 136, 24 mai 2008, article 7.

(89) J. Cruyplants, M. Gonda et M. Wagemans, *op. cit.*, p. 130.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 861 02/12/2013 18:19:35

forme en arbitre ? Cela n'aurait évidemment pas de sens : si les parties ont choisi la formule de la « med-arb », ce sera précisément pour éviter de devoir réexpliquer à l'arbitre ce dont ils lui ont déjà parlé longuement lorsqu'il portait la casquette de médiateur…

Premier principe : ni les parties ni le « med-arbitre » ne pourront aller au-delà de ce qui est autorisé par la loi(90). Ceci signifie que le contenu des discussions qui auront eu lieu pendant la phase de médiation devra être écarté durant la phase d'arbitrage. L'arbitre devra veiller à ne pas inclure dans la sentence des éléments autres que ceux présentés par les parties dans la procédure arbitrale. N'oublions pas, toutefois, que cela ne concerne que les échanges (écrits et verbaux) qui ont lieu « au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci »(91). Les documents (entendons par là les pièces du dossier) ne deviennent pas confidentiels simplement parce qu'ils auront été montrés ou débattus pendant la phase de médiation.

Deuxième principe, l'article 1728 du Code judiciaire prévoit expressément que les communications qui sont faites lors de la médiation « ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire ». Il ne fait pas de distinction entre une procédure ultérieure menée par un juge ou un autre tiers et une procédure arbitrale devant l'ex-médiateur. Dans un processus de « med-arb », l'arbitre ne pourra donc tenir compte que des pièces du dossier qui lui est présenté, parmi lesquelles rien de ce qui s'est dit lors de la phase de médiation ne figurera, ou alors sera écarté.

Mais ne nous leurrons pas : une partie qui est embarquée dans une procédure de « med-arb » ne se montrera sans doute pas tout à fait « candide » envers le médiateur, puisqu'elle sait que celui-ci pourra devenir arbitre par la suite. Il est plus que probable que si une partie dispose réellement d'informations confidentielles qui pourraient aider le médiateur dans sa tâche, mais qui pourraient avoir un impact négatif sur la sentence, elle ne les dévoilera pas au médiateur comme elle serait invitée à le faire au cours d'une « simple » médiation. Pour cette raison, la phase de médiation sera peut-être moins efficace. Mais, d'un autre côté, hormis les propositions que les parties sont prêtes à formuler au cours du processus, la pratique de la médiation démontre qu'il n'y a pas toujours — il n'y a pas souvent — d'informations réellement confidentielles qui soient communiquées lors d'une médiation ou qui conservent leur carac-

(90) B. Ehle, *op. cit.*, p. 92.

(91) Article 1728 du Code judiciaire.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 862 02/12/2013 18:19:35

tère confidentiel après que le médiateur ait fait observer à la partie qui les lui communique qu'il vaudrait peut-être mieux les partager avec l'autre pour faire avancer les discussions.

Troisième principe : les parties — mais alors toutes les parties — peuvent décider de lever la confidentialité, intégralement ou sur certaines informations. Dans ce cas, celles-ci pourront être utilisées dans la procédure arbitrale(92). Si certains documents ou communications perdent ainsi leur caractère confidentiel, le « med-arbitre » pourra s'en servir pour rendre sa décision pour autant que les parties aient pu faire valoir leurs observations à leur sujet.

Conclusion

Alors oui, osons la « med-arb » !

C'est une technique utile et efficace qui garantit aux parties que le processus qu'elles entament débouchera de toute façon sur une solution à leur différend, tout en leur donnant l'occasion, le temps de la médiation, de conserver la maîtrise de la solution. Le choix des parties doit être respecté, autant que faire se peut. La communauté des arbitres, qui a tant œuvré au cours des ans pour faire admettre le principe de la *favor arbitrandum*, ne peut plaider le contraire. Elle doit vaincre ses appréhensions.

Rendons-nous compte, en particulier, que dans les petits litiges, il est beaucoup plus efficace que le processus décisionnel soit confié au même tiers que celui qui a tenté d'aider les parties à résoudre leur conflit à l'amiable. Nul besoin, en effet, de devoir réexpliquer tout le dossier à l'arbitre. N'est-ce du reste pas similaire à la position du juge — en particulier du juge de paix — qui, après avoir tenté sans succès une conciliation qui lui était demandée par les parties, tranche leur différend ?

Certes, dans un certain nombre de cas — en particulier ceux dans lesquels des informations confidentielles sont importantes — la phase de médiation pourra perdre une certaine efficacité en ce que les parties risquent de ne pas se confier entièrement au médiateur. Ma pratique de médiateur me permet toutefois penser que cette situation ne se présente pas dans la majorité des conflits.

Enfin, je ne peux souligner suffisamment que le passage de la phase de médiation à la phase arbitrale constitue un moment crucial. Le médiateur doit veiller

(92) B.C. Bartel, *op. cit.*, p. 687.

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 863 02/12/2013 18:19:35

1. à ce que les parties qui envisagent de le confirmer dans sa fonction d'arbitre soient parfaitement informées de tous les aspects et des conséquences de leur choix, en ce compris de la possibilité de le récuser d'emblée si elles ont des hésitations quant à sa neutralité ou son indépendance ;

2. à prendre les dispositions nécessaires en ce qui concerne les informations confidentielles que le médiateur aurait pu recevoir : soit le voile de la confidentialité est levé par les parties qui ont fourni ces informations, soit elles demeureront confidentielles et ne feront pas partie des informations auxquelles l'arbitre aura égard ;

3. à obtenir, par exemple dans l'acte de mission, que les parties renoncent à invoquer toutes causes d'annulation qui seraient liées à la fonction de médiateur précédemment exercée par l'arbitre.

Sans aucun doute, les exigences de neutralité, d'indépendance et le caractère contradictoire de la procédure doivent être préservés. Leur respect doit toutefois être analysé en fonction de la volonté des parties de procéder par la voie d'une « med-arb » ce qui, sur le plan des apparences, doit inciter à un examen souple du respect de ces exigences.

Reste à déterminer le sort de la procédure en cas de récusation de l'arbitre. La clause de « med-arb » peut-elle nécessairement être interprétée comme une volonté des parties de procéder par la voie d'un arbitrage, même avec un autre arbitre si l'ex-médiateur est récusé ? La réponse à cette question ne s'impose pas comme évidente. Mieux vaut régler la question dans la clause elle-même.

Mais ça, c'est une autre histoire…

002_210485DHT_LIBDAL_CS4_PC.indd 864 02/12/2013 18:19:35